



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, ... România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. ... și retransmisă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. ... S.C. ... S.R.L., cu sediul social în ... înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ... reprezentată prin av. ..., a contestat documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă” cu faza finală de licitație electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Acord cadru achiziție tonere și cartușe ink-jet”, coduri CPV 30125100-2; 30192113-6 (Rev.2), organizată de autoritatea contractantă ... cu sediul în municipiul ... și a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației, modificarea documentației de atribuire prin înlăturarea prevederilor din caietul de sarcini: *„În cazul ofertării unor produse echivalente, ofertanții vor prezenta în copie, certificate sau alte documente emise de organisme abilitate în acest sens, care să ateste conformitatea fiecăruia dintre produsele oferite, din care să rezulte faptul că produsele echivalente pot fi folosite fără nici un fel de restricție de ordin tehnic sau de calitate a imprimării pe echipamentele respective. Se vor prezenta documente elaborate de un laborator neutru de încercări și calibrare, recunoscut în UE în care sunt prezentate caracteristicile comparativ cu cele ale consumabilelor similare OEM (de exp.: numărul de pagini la gradul de acoperire 5% atât la cel echivalent cât și la cel OEM în condițiile utilizării aceleiași cantități de toner; numărul de pagini la care rezistă cilindrul și lamela de curățire în aceleași condiții, etc.) și trebuie să respecte minim cerințele*

impuse de standardele de testare a calității consumabilelor existente” și „sistemul de sigilare a cartușului de toner trebuie să aibă capătul liber prins într-un mâner/ureche care face corp comun cu carcasa cartușului sau un alt tip care să probeze sigilarea cartușului de către producător, astfel încât acesta să nu fie reîncarnat sau remanufacturat. Sistemul de siguranță trebuie să nu permită resigilarea în forma originală”, obligarea autorității contractante să completeze cerințele enunțate anterior, cu restul prevederilor de la art. 36 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, respectiv: „În sensul prevederilor alin. (1) și (2), un mijloc adecvat de a dovedi conformitatea cu specificațiile tehnice solicitate îl poate reprezenta dosarul tehnic al producătorului (...)” și de asemenea, să menționeze clar conform cărui standard să se facă aceste teste de compatibilitate, în caz contrar, să renunțe la aceste solicitări, prezentarea temeiului legal în baza căruia s-a formulat cerința tehnică privind solicitarea de produse remanufacturate, obligarea autorității contractante la modificarea prevederilor contractuale în sensul Legii nr. ... respectiv prezentarea unui calcul echitabil al penalizărilor impuse ofertantului în cazul în care nu își îndeplinește obligațiile contractuale și plata cheltuielilor prilejuite cu prezenta contestație.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de S.C. ... S.R.L., cu sediul social în ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... cu sediul în municipiul ... și dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

Prin contestația nr. ... transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. ... și retransmisă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. ... formulată de S.C. ... S.R.L., reprezentată prin av. ..., în

contradictoriu cu autoritatea contractantă ... împotriva documentației de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă” cu faza finală de licitație electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Acord cadru achiziție tonere și cartușe ink-jet”, coduri CPV 30125100-2; 30192113-6 (Rev.2), s-a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației, modificarea documentației de atribuire prin înlăturarea prevederilor din caietul de sarcini: *„În cazul ofertării unor produse echivalente, ofertanții vor prezenta în copie, certificate sau alte documente emise de organisme abilitate în acest sens, care să ateste conformitatea fiecăruia dintre produsele oferite, din care să rezulte faptul că produsele echivalente pot fi folosite fără nici un fel de restricție de ordin tehnic sau de calitate a imprimării pe echipamentele respective. Se vor prezenta documente elaborate de un laborator neutru de încercări și calibrare, recunoscut în UE în care sunt prezentate caracteristicile comparativ cu cele ale consumabilelor similare OEM (de exp.: numărul de pagini la gradul de acoperire 5% atât la cel echivalent cât și la cel OEM în condițiile utilizării aceleiași cantități de toner; numărul de pagini la care rezistă cilindrul și lamela de curățire în aceleași condiții, etc.) și trebuie să respecte minim cerințele impuse de standardele de testare a calității consumabilelor existente”* și *„sistemul de sigilare a cartușului de toner trebuie să aibă capătul liber prins într-un mâner/ureche care face corp comun cu carcasa cartușului sau un alt tip care să probeze sigilarea cartușului de către producător, astfel încât acesta să nu fie reîncarnat sau remanufacturat. Sistemul de siguranță trebuie să nu permită resigilarea în forma originală”,* obligarea autorității contractante să completeze cerințele enunțate anterior, cu restul prevederilor de la art. 36 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, respectiv: *„În sensul prevederilor alin. (1) și (2), un mijloc adecvat de a dovedi conformitatea cu specificațiile tehnice solicitate îl poate reprezenta dosarul tehnic al producătorului (...)*” și de asemenea, să menționeze clar conform cărui standard să se facă aceste teste de compatibilitate, în caz contrar, să renunțe la aceste solicitări, prezentarea temeiului legal în baza căruia s-a formulat cerința tehnică privind solicitarea de produse remanufacturate, obligarea autorității contractante la modificarea prevederilor contractuale în sensul Legii nr. ... respectiv prezentarea unui calcul echitabil al penalizărilor impuse ofertantului în cazul în care nu își îndeplinește obligațiile contractuale și plata cheltuielilor prilejuite cu prezenta contestație.

Contestatoarea aduce critici prevederilor din caietul de sarcini, referitoare la următoarele aspecte: *„În cazul ofertării unor produse echivalente, ofertanții vor prezenta în copie, certificate sau alte*

documente emise de organisme abilitate în acest sens, care să ateste conformitatea fiecăruia dintre produsele oferite, din care să rezulte faptul că produsele echivalente pot fi folosite fără nici un fel de restricție de ordin tehnic sau de calitate a imprimării pe echipamentele respective. Se vor prezenta documente elaborate de un laborator neutru de încercări și calibrare, recunoscut în UE în care sunt prezentate caracteristicile comparativ cu cele ale consumabilelor similare OEM, (de exp.: numărul de pagini la gradul de acoperire 5% atât la cel echivalent cât și la cel OEM în condițiile utilizării aceleiași cantități de toner; numărul de pagini la care rezistă cilindrul și lamela de curățire în aceleași condiții, etc.) și trebuie să respecte minim cerințele impuse de standardele de testare a calității consumabilelor existente”, respectiv „Sistemul de sigilare a cartușului de toner trebuie să aibă capătul liber prins într-un mâner/ureche care face corp comun cu carcasa cartușului, sau un alt tip care să probeze sigilarea cartușului de către producător, astfel încât acesta să nu fie reîncărcat sau remanufacturat; sistemul de siguranță trebuie să nu permită resigilarea în forma originală”.

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă realizează o diferențiere între produsele pe care dorește să le achiziționeze, după cum acestea sunt „originale OEM” sau echivalente cu cele OEM, condițiile în care vor fi acceptate produsele echivalente non OEM fiind mult mai drastice decât celălalt tip de produse, OEM, ori, această diferențiere neavând suport legal, întrucât relevant nu este producătorul consumabilelor sau caracterul acestora OEM sau non OEM, ci specificațiile tehnice pe care trebuie să le îndeplinească respectivele consumabile. Astfel, dacă produsele sunt compatibile cu echipamentele din dotarea autorității contractante iar compatibilitatea este demonstrată în condițiile art. 36 din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă nu poate respinge oferta pe considerente ce țin de caracterul OEM sau non OEM al produsului.

Contestatoarea înțelege că prin sintagma „OEM sau echivalent”, autoritatea contractantă a înțeles să accepte ofertarea și de produse compatibile și că pot participa la procedură și ofertanții de consumabile non OEM care dovedesc că produsele pe care le oferă sunt compatibile cu echipamentele cărora le sunt destinate, însă aceasta amintește că art. 38 alin (2) din OUG nr. 34/2006 permite indicația „OEM sau echivalent” numai în mod excepțional, în situația în care o descriere suficient de precisă și inteligibilă a obiectului contractului nu este posibilă prin aplicarea prevederilor art. 35 și 36 din aceeași ordonanță.

Contestatoarea consideră că simpla completare cu mențiunea „sau echivalent” nu este în măsură să acopere încălcările normelor legale precitate, mai ales că autoritatea contractantă nu a

demonstrat că se află în situația de excepție de a nu fi posibilă descrierea produselor prin aplicarea prevederilor art. 35 și 36.

Având în vedere că autoritatea contractantă a solicitat documente care să prezinte toate caracteristicile care au impact asupra calității produsului comparativ cu elementele similare din consumabilele OEM, contestatoarea concluzionează că din acest aspect rezultă faptul că autoritatea contractantă are cunoștință de caracteristicile consumabilelor OEM, context în care nu putea apela la mențiunea „sau echivalent”, ci trebuia să completeze caietul de sarcini cu specificațiile dorite.

În acest sens, contestatoarea exemplifică punctul de vedere al ANRMAP din adresa nr. 11976/06.10.2009, potrivit căreia „Cerințele autorității contractante încalcă prevederile art. 66 din OUG nr. 34/2006”, dar și interpretarea ANRMAP referitoare la același gen de solicitări, în care se prevăd:

- interzicerea ofertării anumitor produse, în speță consumabile non OEM (compatibile, reîncărcate, remanufacturate, echivalente etc.) nu poate fi susținută, deoarece legislația în domeniul achizițiilor publice nu conține prevederi care să oblige autoritățile contractante la impunerea unor asemenea restricții;

- condiția impusă de firmele producătoare de echipamente, prin care nu se acoperă garanția în cazul în care autoritatea contractantă decide să utilizeze consumabile non OEM, poate determina autoritatea contractantă să solicite un anumit tip de consumabile pentru a-și menține garanția, dar poate veni totodată în contradicție cu anumite prevederi din legislația Uniunii Europene referitoare la libera circulație a produselor și serviciilor. Acestea, însă, sunt referitoare la garanția produselor și nu sunt reglementate prin legislația achizițiilor publice;

- în cazul în care furnizorul echipamentului nu-și va îndeplini obligațiile referitoare la garanție, dacă se utilizează consumabile non OEM, deși acestea au aceleași caracteristici tehnice calitative și ca produsul OEM, autoritatea contractantă are posibilitatea de a acționa în instanță furnizorul echipamentului respectiv.

De asemenea, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a solicitat prin caietul de sarcini ca ofertanții „să prezinte certificatul ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711 sau alte certificări echivalente pentru fiecare produs (cartuș), care să conțină datele de contact ale producătorului produselor, din care să rezulte capacitatea produsului, pentru fiecare produs oferit”, considerând că respectarea prevederilor acestor standarde de către produsele oferite acoperă solicitările contestate de aceasta, astfel încât acestea nu mai sunt necesare.

Referitor la solicitările potrivit cărora „sistemul de sigilare a cartușului de toner trebuie să aibă capătul liber prins într-un mâner/ureche care face corp comun cu carcasa cartușului, sau un alt tip care să probeze sigilarea cartușului de către producător, astfel încât acesta să nu fie reîncărcat sau remanufacturat”, respectiv „sistemul de siguranță trebuie să nu permită resigilarea în formă originală”, contestatoarea apreciază că acestea încalcă prevederile art. 38 din OUG nr. 34/2006. De asemenea, contestatoarea menționează că sistemul de sigilare al cartușelor de toner și de cerneală descris de autoritatea contractantă este specific anumitor cartușe originale OEM marca HP și Canon.

În dovedirea contestației sale S.C. ... S.R.L. a depus, în copie, un set de documente.

Prin adresa nr. 4525/01.08.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. 25844/01.08.2013, autoritatea contractantă ... a comunicat punctul de vedere referitor la contestație, însoțit de dosarul achiziției publice, în copie certificată.

Autoritatea contractantă susține că scopul acestei proceduri este achiziția de tonere și cartușe ink jet în special pentru echipamentele noi care au un preț de achiziție ridicat ce încă mai sunt în perioada de garanție și pentru care producătorul indică folosirea anumitor tipuri de consumabile (tonere sau cartușe ink jet OEM).

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că a solicitat ca produsele să fie OEM sau echivalente OEM și să fie noi, pentru a se realiza o foarte bună calitate a imprimării (fără întreruperi, fără pete, fără exces de toner/cerneală etc.) și în siguranță pentru echipamentele pe care lucrează, având în vedere faptul că activitatea instituției este de învățământ superior ceea ce implică și editare și realizarea de materiale didactice pe echipamente profesionale, ca atare calitatea printării și protejarea echipamentelor fiind o prioritate.

Autoritatea contractantă susține că la elaborarea documentației de atribuire a respectat în totalitate legile și normele ce guvernează atribuirea contractelor de achiziție publică, pe care contestatoarea o acuză ca nu le-a respectat, astfel că în continuare răspunde punctual acestor critici.

Astfel, referitor la afirmația contestatoarei, că „Prin solicitarea autorității contractante adresată ofertanților de consumabile non OEM (echivalente) de a prezenta o testare comparativă a consumabilelor OEM cu consumabilele OEM realizată de un laborator acreditat în UE” și că, condițiile în care vor fi acceptate produsele echivalente non OEM sunt mult mai drastice decât celălalt tip de produse - OEM, autoritatea contractantă susține că nu au fost puse condiții „suplimentare” pentru produsele echivalente raportat la cele originale, ci a indicat modul în care poate fi demonstrată echivalența

conform art. 36 alin (3) din OUG nr. 34/2006. Astfel pentru produsele echivalente a considerat că dovada echivalenței cu originalul poate fi făcută prin prezentarea de certificate sau alte documente emise de organisme abilitate în acest sens, care să ateste conformitatea fiecăruia dintre produsele oferite și din care să rezulte faptul că produsele echivalente pot fi folosite fără nici un fel de restricție de ordin tehnic sau de calitate a imprimării pe echipamentele respective. De asemenea, autoritatea contractantă arată că a solicitat prezentarea de documente elaborate de un laborator neutru de încercări și calibrare, recunoscut în UE în care să fie prezentate comparativ caracteristicile OEM cu cele ale consumabilelor echivalente OEM, (de exp.: numărul de pagini la gradul de acoperire 5% atât la cel echivalent cât și la cel OEM în condițiile utilizării aceleiași cantități de toner; numărul de pagini la care rezistă cilindrul și lamela de curățire în aceleași condiții etc.) și susține că pentru produselor echivalente caracteristicile trebuie să respecte minim cerințele impuse de standardele de testare a calității consumabilelor existente, astfel încât, criticile privind condițiile restrictive atribuite prin caietul de sarcini nu sunt întemeiate, iar invocarea contestatoarei privind restrângerea concurenței și a încălcării principiului tratamentului egal nu este justificată.

Referitor la afirmația contestatoarei, că „potrivit preambulului la directiva precizată, atribuirea contractelor încheiate în statele membre în numele statului și al altor organisme de drept public trebuie să respecte principiile prevăzute de Tratatul pentru înființarea Comunității Economice Europene, încheiat la 25 martie 1957, în special principiul liberei circulații a mărfurilor, principiul libertății de stabilire și principiul libertății de a presta servicii precum și principiile care decurg din acestea, respectiv egalitatea de tratament, nediscriminarea, recunoașterea reciprocă, proporționalitatea și transparența. Prin recunoaștere reciprocă se înțelege și acceptarea produselor, serviciilor, lucrărilor oferite în mod licit pe piața Uniunii Europene, precum și a specificațiilor tehnice, echivalente cu cele solicitate la nivel național”, autoritatea contractantă susține că respectiva contestatoarea face afirmații gratuite privind încălcarea principiilor prevăzute în Tratat, toate principiile care decurg prin aplicarea OUG nr. 34/2006 fiind respectate întocmai și apreciază că în prezenta contestație contestatoarea nu ține seama de faptul că legislația privind atribuirea contractelor de achiziție publică nu obligă beneficiarii să accepte mărfuri ce nu le satisfac necesitățile.

Referitor la afirmația contestatoarei, că „într-adevăr, prin sintagma «OEM sau echivalent», autoritatea contractantă a înțeles să accepte ofertarea și de produse compatibile - în deplin acord cu principiile enunțate anterior și că pot participa la procedură și

ofertanții de consumabile non OEM care dovedesc că produsele pe care le oferă sunt compatibile cu echipamentele cărora le sunt destinate, însă art. 38 alin. (2) din ordonanță permite indicația «OEM sau echivalent» numai în mod excepțional, în situația în care o descriere suficient de precisă și inteligibilă a obiectului contractului nu este posibilă prin aplicarea prevederilor art. 35 și 36 (...)”, autoritatea contractantă susține că prin caietul de sarcini nu a solicitat toate cerințele privind caracteristicile ce trebuie îndeplinite de produsele ce urmează a fi achiziționate, aflându-se în situația prevăzută de art. 38 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 conform căruia „(1) Se interzice definirea în caietul de sarcini a unor specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse. (2) Prin derogare de la prevederile alin. (1), se admite o astfel de indicație, dar numai în mod excepțional, în situația în care o descriere suficient de precisă și inteligibilă a obiectului contractului nu este posibilă prin aplicarea prevederilor art. 35 și 36 și numai însoțită de mențiunea «sau echivalent»”.

În acest context, autoritatea contractantă precizează că minimele exemple de caracteristici ale produselor echivalente date în caietul de sarcini spre comparare, nu sunt suficiente și definatorii astfel încât în baza lor să se poată achiziționa produsele dorite și de aceea s-au precizat în caietul de sarcini tipurile de echipamente.

Referitor la afirmația contestatoarei, că „prin rigorile impuse doar ofertanților de produse «echivalente», au fost nesocotite dispozițiile normative de mai sus, în speță fiind discriminați acești ofertanți în comparație cu cei care furnizează produse OEM, chiar dacă produsele primilor sunt la fel sau superioare calitativ și acoperă necesitățile autorității, fiind împiedicați să participe la licitație prin respectivele rigori. Din redactarea caietului de sarcini este evident că sunt favorizați producătorii OEM, în detrimentul celor non OEM”, autoritatea contractantă susține că din nou contestatoarea confundă cerințele caietului de sarcini privind achiziția produsului dorit cu o cerință severă privind produsele echivalente și apreciază că demonstrarea echivalenței unui produs conform art. 38 alin. (2) nu se traduce ca cerință în plus, cerință riguroasă sau restrictivă, apreciind toate aceste afirmații ca fiind nefondate și nedemonstrate de către contestatoare.

Referitor la afirmația contestatoarei, că „(...) nu reprezintă nicio relevanță caracteristica OEM sau non OEM, atâta vreme cât performanțele urmărite de autoritatea contractantă nu depind de aceasta, important fiind ca produsele consumabile să acopere

specificațiile tehnice prestabilite. De altminteri, nici nu este posibilă o concurență loială între ofertanții de produse OEM și ofertanții de produse non OEM, mai ales în condițiile prescrise de autoritatea contractantă. Menținerea unor astfel de cerințe duce în mod evident la înlăturarea anumitor operatori economici, cărora practic, nu le este permis accesul liber la procedura de achiziție publică”, autoritatea contractantă susține că din nou contestatoarea nu înțelege prevederile art. 38 alin. (2) și nu înțelege că exemplul dat pentru comparația produselor echivalente cu cele OEM nu reprezintă „specificații tehnice prestabilite” și au fost cuprinse în caietul de sarcini astfel încât îndeplinirea cerinței privind calitatea produselor echivalente să fie cât mai clară pentru operatorii economici.

Referitor la afirmația contestatoarei, că „potrivit art. 38 din OUG 34/2006, se interzice definirea în caietul de sarcini a unor specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, procedeu special, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici” autoritatea contractantă susține că în niciun document aferent procedurii de achiziție, nu se regăsește o condiție de calificare care să susțină acuza privind încălcarea art. 36 alin. (3) din OUG 34/2006, contestatoarea făcând din nou supoziții și aducând acuzații nefondate.

Referitor la afirmația contestatoarei, că „numai în acest fel se poate respecta unul dintre principiile de bază pentru care a fost creată întreaga legislație specială în materia achizițiilor publice, și anume asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice (...)”, autoritatea contractantă susține că atunci când a solicitat ca produsele să fie noi a făcut-o în baza necesităților sale și în baza obligației respectării principiilor utilizării eficiente a fondurilor publice și al proporționalității și subliniază faptul că prin admiterea la procedură a ofertanților cu tonere și cartușe ink jet remanufacturate/reîncărcate, se încalcă principiile nediscriminării și al tratamentului egal prin faptul că se permite compararea produselor noi (calitativ superioare și mai sigure) cu produse ce folosesc componente vechi, remanufacturate sau reîncărcate.

Referitor la afirmația contestatoarei, că „(...) în același caiet de sarcini ale căror prevederi sunt contestate de către subscrisa, autoritatea contractantă solicită ca ofertanții să prezinte certificatul ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711 sau alte certificări echivalente pentru fiecare produs (cartuș), care să conțină datele de contact ale producătorului produselor, din care să rezulte capacitatea produsului, pentru fiecare produs ofertat”, autoritatea contractantă susține că aceste standarde certifică capacitatea tonerului sau a cartușului ink jet de a imprima un anumit număr de pagini, fiind solicitate pentru a putea evalua tonerele care au aceeași capacitate

de printare sau mai bună decât cea solicitată prin caietul de sarcini, având la bază următorul raționament: pentru același echipament se pot utiliza tonere cu nivele de încărcare diferite, în consecință pot printa număr diferit de pagini, de aici rezultând clar necesitatea solicitării privind certificările în speță.

Pe de altă parte, autoritatea contractanta consideră că este îndreptățită să creadă că interpretarea și prezentarea acestei condiții de către contestatoare ca neîntemeiată și abuzivă din partea autorității contractante are la baza încercarea de a introduce în procedură cu orice preț, produse remanufacturate/reîncarcate față de cele OEM sau echivalente solicitate, ca atare pentru contestatoare primează doar interesul economic al acesteia, necesitățile instituției fiind ignorate total.

Referitor la solicitarea contestatoarei cu privire la modificarea frazei referitoare la sigilare, susținând că sistemul de sigilare descris este specific anumitor cartușe originale OEM marca HP și Canon, autoritatea contractantă susține că în caietul de sarcini este precizat că se admite și alt tip de sigilare care să probeze sigilarea cartușului de către producător, astfel încât acesta să nu fie încărcat sau remanufacturat și apreciază că contestatoarea dorește să modifice rolul sigiliului, respectiv acela de a identifica la deschidere integritatea conținutului, la acela de a preveni scurgerea de cerneală sau pulbere din toner sau cartuș, astfel încât printr-un joc de cuvinte (dealtfel foarte lesne de înțeles) să poată schimba necesitatea achiziției din produse noi OEM sau echivalent în produse remanufacturate/reîncarcate, fapt ce nu poate fi acceptat.

Autoritatea contractantă consideră că toate aceste încercări ale contestatoarei de a schimba necesitățile autorității contractante privind prezenta achiziție dovedesc rea credință, încălcarea gravă a principiilor și prevederilor legislative ce guvernează achizițiile publice, dovedind o conduită comercială neprincipială și agresivă pe care contestatoarea înțelege să o aplice.

Referitor la punctul 5 din contestație prin care se solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să modifice prevederile contractuale din cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă arată că prin clarificarea nr. 4328/ 24.07.2013 a adoptat o măsură corectivă la punctul 11.1 din contractul subsecvent în sensul modificării în următoarea formă: „În cazul în care, din vina sa exclusivă, furnizorul nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate, atunci achizitorul are dreptul de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală de 0,05 % pe săptămână din prețul obligațiilor contractuale neefectuate”.

Față de cele mai sus menționate, autoritatea contractantă consideră că solicitările contestatoarei de completare/modificare a documentației de atribuire și plata cheltuielilor privind contestația sunt nejustificate și solicită continuarea procedurii de achiziție.

Din documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Autoritatea contractantă ... a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, a acordului-cadru de furnizare, având ca obiect „Achiziție tonere și cartușe ink-jet”, cod CPV 30125100-2, 30192113-6 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... stabilind data de deschidere a ofertelor la 09.09.2013, criteriul de atribuire fiind „prețul cel mai scăzut” și o valoare estimată fără TVA de 1.300.000 lei.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire a fost soluționată prin Decizia Consiliului nr. ... din data de ... în sensul că aceasta a fost admisă și s-a dispus suspendarea procedurii de atribuire.

În continuare, Consiliul procedează la analiza următoarelor solicitări ale contestatoarei:

- modificarea documentației de atribuire prin înlăturarea prevederilor din caietul de sarcini:

▪ „În cazul ofertării unor produse echivalente, ofertanții vor prezenta în copie, certificate sau alte documente emise de organisme abilitate în acest sens, care să ateste conformitatea fiecăruia dintre produsele ofertate, din care să rezulte faptul că produsele echivalente pot fi folosite fără nici un fel de restricție de ordin tehnic sau de calitate a imprimării pe echipamentele respective. Se vor prezenta documente elaborate de un laborator neutru de încercări și calibrare, recunoscut în UE în care sunt prezentate caracteristicile comparativ cu cele ale consumabilelor similare OEM (de ex: numărul de pagini la gradul de acoperire 5% atât la cel echivalent cât și la cel OEM în condițiile utilizării aceleiași cantități de toner; numărul de pagini la care rezistă cilindrul și lamela de curățire în aceleași condiții, etc.) și trebuie să respecte minim cerințele impuse de standardele de testare a calității consumabilelor existente”;

▪ „sistemul de sigilare a cartușului de toner trebuie să aibă capătul liber prins într-un mâner/ureche care face corp comun cu carcasa cartușului sau un alt tip care să probeze sigilarea cartușului de către producător, astfel încât acesta să nu fie reîncarnat sau remanufacturat.

Sistemul de siguranță trebuie să nu permită resigilarea în forma originală”;

- obligarea autorității contractante să completeze cerințele enunțate anterior, cu restul prevederilor de la art. 36 alin. (3) din

OUG nr. 34/2006, respectiv: „În sensul prevederilor alin. (1) și (2), un mijloc adecvat de a dovedi conformitatea cu specificațiile tehnice solicitate îl poate reprezenta dosarul tehnic al producătorului (...) și de asemenea, să menționeze clar conform cărui standard să se facă aceste teste de compatibilitate, în caz contrar, să renunțe la aceste solicitări.

Analizând prevederile Caietului de sarcini, Consiliul reține că autoritatea contractantă acceptă și ofertarea produselor echivalente cu cele OEM (non OEM), fiind astfel respectate dispozițiile art. 38 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, acest fapt constituind un aspect relevant în analiza criticilor mai susmenționate.

Din cuprinsul punctului de vedere depus la dosarul cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă a menționat faptul că scopul acestei proceduri este achiziția de tonere și cartușe ink jet în special pentru echipamentele noi care au un preț de achiziție ridicat, încă mai sunt în perioada de garanție și pentru care producătorul indică folosirea anumitor tipuri de consumabile (tonere sau cartușe ink jet OEM).

Consiliul mai constată că prin Caietul de sarcini, autoritatea contractantă a luat toate măsurile necesare pentru a nu fi prejudiciată în cazul în care se vor constata defecțiuni ale echipamentelor deținute, apărute din cauza utilizării produselor echivalente.

În acest context, Consiliul reține incidența în cauză a dispozițiilor art. 36 alin. (1), (2) și (3) din OUG nr.34/2006, care stipulează următoarele:

(1) În cazul în care autoritatea contractantă definește specificațiile tehnice din caietul de sarcini, optând pentru modalitatea prevăzută la art. 35 alin. (6) lit. a), atunci nici o ofertă nu poate fi respinsă pe motiv că produsele sau serviciile prevăzute în propunerea tehnică nu sunt conforme cu specificațiile precizate, dacă ofertantul demonstrează, prin orice mijloc adecvat, că propunerea tehnică prezentată satisface într-o manieră echivalentă cerințele autorității contractante definite prin specificațiile tehnice.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă definește specificațiile tehnice din caietul de sarcini prin precizarea performanțelor și/sau cerințelor funcționale solicitate, atunci nici o ofertă nu poate fi respinsă dacă ofertantul demonstrează prin orice mijloc adecvat că produsele, serviciile sau lucrările oferite asigură îndeplinirea performanțelor sau cerințelor funcționale solicitate deoarece sunt conforme cu:

- a) un standard național care adoptă un standard european;*
- b) o omologare tehnică europeană;*

c) o specificație tehnică comună utilizată în Comunitatea Europeană;

d) un standard internațional;

e) alte reglementări tehnice elaborate de organisme de standardizare europene.

(3) În sensul prevederilor alin. (1) și (2), un mijloc adecvat de a dovedi conformitatea cu specificațiile tehnice solicitate îl poate reprezenta dosarul tehnic al producătorului sau un raport de încercare/testare emis de un organism recunoscut, cum ar fi, după caz, un laborator neutru de încercări și calibrare sau un organism de certificare și inspecție care asigură respectarea standardelor europene aplicabile; autoritatea contractantă are obligația de a accepta certificate emise de organisme recunoscute în oricare dintre statele membre ale Uniunii Europene”.

De asemenea, Consiliul reține că în cuprinsul punctului de vedere de mai sus la dosarul cauzei, autoritatea contractantă a mai precizat că în condițiile în care „în documentație este precizat faptul că atribuirea contractului se face cu respectarea prevederilor OUG nr. 34/2006 actualizată, este clar că ofertanții pot încerca dovedirea conformității produselor prin prezentarea dosarului tehnic al producătorului, la fel conform art. 36 (2) din OUG 34/2006 actualizată ofertanții pot demonstra prin orice mijloc adecvat că produsele oferite asigură îndeplinirea performanțelor sau cerințelor funcționale solicitate (...)”.

Față de susținerile celor două părți, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă are obligația de a respecta, în etapa de evaluare a ofertelor, dispozițiile integrale art. 36 alin.(3) din O.U.G. nr. 34/2006, iar în cazul în care ofertantul nu deține rapoarte de testare, pentru produsele echivalente, în care sunt prezentate caracteristicile comparativ cu cele ale consumabilelor similare OEM, acesta poate face dovada conformității produselor cu specificațiile tehnice solicitate prin alte mijloace, conform dispozițiilor art. 36 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, astfel încât Consiliul nu apreciază ca fiind necesar, din punct de vedere formal, să se completeze următoarea cerință din caietul de sarcini „În cazul ofertării unor produse echivalente, ofertanții vor prezenta în copie, certificate sau alte documente emise de organisme abilitate în acest sens, care să ateste conformitatea fiecăruia dintre produsele oferite, din care să rezulte faptul că produsele echivalente pot fi folosite fără nici un fel de restricție de ordin tehnic sau de calitate a imprimării pe echipamentele respective. Se vor prezenta documente elaborate de un laborator neutru de încercări și calibrare, recunoscut în UE în care sunt prezentate caracteristicile comparativ cu cele ale consumabilelor similare OEM (de ex: numărul

de pagini la gradul de acoperire 5% atât la cel echivalent cât și la cel OEM în condițiile utilizării aceleiași cantități de toner; numărul de pagini la care rezistă cilindrul și lamela de curățire în aceleași condiții, etc.) și trebuie să respecte minim cerințele impuse de standardele de testare a calității consumabilelor existente” cu restul prevederilor art. 36 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, respectiv „În sensul prevederilor alin. (1) și (2), un mijloc adecvat de a dovedi conformitatea cu specificațiile tehnice solicitate îl poate reprezenta dosarul tehnic al producătorului (...)", de vreme ce autoritatea contractantă are obligația în etapa de evaluare a ofertelor, de a respecta dispozițiile integrale art. 36 alin.(3) din O.U.G. nr. 34/2006.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de înlăturare din Caietul de sarcini a următoarei prevederi: „sistemul de sigilare a cartușului de toner trebuie să aibă capătul liber prins într-un mâner/ureche care face corp comun cu carcasa cartușului sau un alt tip care să probeze sigilarea cartușului de către producător, astfel încât acesta să nu fie reîncărcat sau remanufacturat.

Sistemul de siguranță trebuie să nu permită resigilarea în forma originală”, Consiliul constată netemeinicia acesteia deoarece în cauză nu pot fi incidente dispozițiile art. 38 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 care stipulează că „Se interzice definirea în caietul de sarcini a unor specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse”, deoarece, deși autoritatea contractantă a descris concret un sistem de sigilare al cartușelor de tonere a menționat că se admite și un alt tip de sigilare care să probeze sigilarea cartușului de către producător astfel încât acesta să nu fie reîncărcat sau remanufacturat, în consecință cerința contestată nu are ca efect favorizarea sau eliminarea din competiție a anumitor operatori economici sau a anumitor produse, care satisfac nevoile autorității contractante

Pe de altă parte deși contestatoarea pretinde că sistemul de sigilare descris în documentația de atribuire „este specific anumitor cartușe originale OEM marca HL și Canon”, SC ... SRL nu face nicio dovadă în acest sens, deși conform dispozițiilor art. 249 C.proc.civ. „Cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege”, regulă exprimată prin adagiul „actori incubit onus probandi” (reclamantului îi incumbă sarcina probei).

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul va respinge ca nefondată și această solicitare a contestatoarei.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante să menționeze în „clar conform cărui standard/referențial să se facă aceste teste de compatibilitate”, Consiliul o respinge ca nefondată deoarece în cuprinsul Caietului de sarcini, autoritatea contractantă a menționat în mod expres, faptul că se solicită ca ofertanții să prezinte certificatele:

- ISO/IEC 19752 pentru echipamentele laser monocrom;
- ISO/IEC 19798 pentru echipamentele laser color;
- ISO/IEC 24711 pentru cartușele cu cerneală sau alte certificări echivalente pentru fiecare produs (cartuș), care să conțină datele de contact ale producătorului produselor, din care să rezulte capacitatea produsului pentru fiecare produs oferit, precum și prezentarea de „Material Safety Data Sheet - sau Fișe tehnice de securitate pentru fiecare produs (cartuș) oferit, elaborate în conformitate cu SR ISO 11014/2009 menit să asigure funcționarea echipamentelor în condițiile tehnice prescrise de producător și să elimine riscul datorat unui agent chimic periculos pentru angajați. Toate rapoartele și fișele tehnice de securitate trebuie să fie făcute pe codurile specifice producătorului consumabilului respectiv. Nu se accepta standarde la care sursa cartușelor testate este firma solicitanta (gen ASTM F-1856)“.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de a se prezenta temeiul legal în baza căruia s-a formulat cerința „produse neremanufacturate”, urmează a fi respinsă ca nefondată de către Consiliu deoarece, având în vedere dispozițiile art. 35 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul constată că autoritatea contractantă a urmărit să achiziționeze numai produse noi (nefolosite anterior și care nu au în componența lor elemente reutilizate), aspect prin care nu sunt încălcate dispozițiile legale aplicabile în materie.

Astfel, prin solicitarea numai de produse noi, autoritatea contractantă urmărește siguranța în exploatare și menținerea garanției echipamentelor la care se vor utiliza tonerele/cartușele.

Impunerea caracteristicii produsului de a fi nou nu are ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici și nici nu are ca efect favorizarea sau eliminarea participării la procedura de atribuire a anumitor operatori economici sau a anumitor produse (cu excepția celor care nu corespund necesităților obiective ale autorității).

Dreptul autorităților contractante de a achiziționa numai produse noi și performante calitativ nu poate fi restricționat, pe considerentul eronat susținut de contestatoare, al nerespectării prevederilor ordonanței care reglementează achizițiile publice.

Consiliul nu poate obliga autoritatea contractantă să achiziționeze produse cu componente care nu sunt noi astfel cum

solicită S.C. ... S.R.L., întrucât s-ar limita dreptul autorității de a contracta produsele care corespund întocmai necesităților sale obiective, prevăzut la art. 35 alin. (2) din ordonanță.

De asemenea, Consiliul apreciază că oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. a) și art. 4 alin. (3) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

În acest context, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă este singura în măsură să cunoască în mod exact necesitățile sale obiective, orice achiziție care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a acestora reprezentând o folosire ineficientă a fondurilor.

Referitor la solicitarea SC ... SRL cu privire la obligarea autorității contractante la modificarea prevederilor contractuale în sensul Legii nr. ... respectiv prezentarea unui calcul echitabil al penalizărilor impuse ofertantului în cazul în care nu își îndeplinește obligațiile contractuale, din verificarea informațiilor publicate în SEAP, Consiliul constată că la data de 24.07.2013 ora 15.12 autoritatea contractantă a luat o măsură de remediere prin care a modificat conținutul art. 11.1 al contractului subsecvent, după cum urmează:

„În cazul în care, din vina sa exclusivă, furnizorul nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate, atunci achizitorul are dreptul de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală de 0,05 % pe săptămână din prețul obligațiilor contractuale neefectuate”.

Inițial art. 11.1 din modelul de contract subsecvent de furnizare avea următorul conținut: *„În cazul în care, din vina sa exclusivă, furnizorul nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate, atunci achizitorul are dreptul de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală de 0,05 % pe săptămână din prețul contractului”,* în timp ce art. 11.2 stipula următoarele: *„În cazul în care achizitorul nu își onorează obligațiile în termen de 28 de zile de la expirarea perioadei convenite la pct. 10.1, atunci acestuia îi revine obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală de 0,05 % pe săptămână din plata neefectuată, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor”.*

Având în vedere măsura de remediere luată de către autoritatea contractantă și publicată în SEAP la data de 24.07.2013 ora 15.12, prin urmare înainte de suspendarea procedurii de atribuire prin Decizia Consiliului nr. ... din data de ..., Consiliul va respinge acest capăt de cerere ca rămas fără obiect.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din OUG

nr. 34/2006, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de S.C. ... S.R.L. și va dispune continuarea procedurii de atribuire.

Solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor prilejuite cu prezenta contestație, va fi respinsă motivat, pe de o parte de faptul că acestea nu pot fi acordate în raport de dispozițiile art. 453 Cod procedură civilă în condițiile în care contestația a fost respinsă, iar pe de altă parte de faptul că la dosarul cauzei contestatoarea nu a depus dovada existenței și întinderii acestora ci numai o delegație din cuprinsul căreia rezultă că pentru apărarea intereselor contestatoarei în fața CNSC este delegată avocat ..., solicitându-se transmiterea corespondenței către aceasta fără a se preciza datele de contact ale avocatului ales.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

Redactată în 4 exemplare originale, conține 17 pagini.